الوقف

وحكم بيعه واستبداله



بحث مقدم

لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية

الذي نظمه جامعة أم القرى

بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة الإرشاد

في مكة المكرمة عام ١٤٢٢هـ

إعداد

د. فهد بن محمد الداود

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة واللام على من لا نبي بعده .. أما بعد :-

فهذه ورقة عمل مقدمة تحت عنوان [**الوقف وحكم بيعه واستبداله**]

وتشتمل على العديد من المطالب بعد التعريف الموجز للوقف في الاصطلاح والله أسأل ان ينفع بها إنه ولي ذلك والقادر عليه .

الباحث

فهد بن محمد الداود

الوقف وحكم بيعه واستبداله

الوقف في اصطلاح الفقهاء :-

تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة ، وهو مستحب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ... الخ) [1] ، والوقف من الصدقات الجارية وله شروط وأركان ، وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في بعض أموره ، كالقبض ، فالشافعية لم يجعلوه شرطا في لزوم الوقف ، وشرطه محمد بن الحسن من الحنفية .

ومن المسائل التي اختلف فيها الفقهاء مسألة بيع الوقف أو استبداله أو منا قلته .

وقد قال ابن مفلح في فروعه [2] بجواز بيع الوقف والمناقلة به لمصلحة عامة . ولبيان معنى المناقلة والاستبدال نقول : جملة ذلك أن الوقف إذا خرب أو تعطلت منافعه كدار انهدمت أو أرض خربت أو مسجد ضاق بأهله [3]، ولم يمكن توسيعه ، في هذه الحالات هل يجوز البيع والاستبدال بموضع آخر أم لا ؟

تعددت آراء الفقهاء حول هذه المسألة بين مضيق وموسع ومانع إلا في حالات استثنائية الوقوع.

وفي ما يلي نعرض مذاهب الفقهاء في هذه المطالب :

---

(١) أخرجه مسلم (١٢٥٥/٣) : كتاب الوصية : باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، رقم ١٦٣١/١٤، وابو داود (١١٧/٣) : كتاب الوصايا ، باب ما جاء في الصدقة عن الميت رقم (٢٨٨٠) ، والترمذي (٦٥١/٣) : كتاب الأحكام : باب في الوقف، رقم (٢٣٧٦)، والنسائي (٢٥١/٦)، وأخرجه أحمد (٣٧٢/٢)، وابن حبان (٣٠٦٠-الإحسان)، من حديث أبي هريرة، به وبقيته (أو عمل ينتفع به أو ولد صالح يدعو له).

(٢) الفروع (٤٦٩/٤).

(٣) المغني لابن قدامة (٢٢٠/٨).

المطلب الأول

(مذهب الأحناف)

وهو يعتبر أكثر المذاهب توسعا في هذه المسألة حيث أجازوا هذا التصرف في معظم أحواله مادام يحقق مصلحة ، ثم وقع الخلاف بينهم في التطبيق ، وإن اتفقوا على أصل الحكم .

وللإبدال والاستبدال ثلاث صور – عندهم – تتكون عندما يكتب الواقف حجة وقفه [1] . قال ابن عابدين : الاستبدال على ثلاثة وجوه :

الأول : أن يشترطه الوقف لنفسه ، أو لغيره ، أو لنفسه وغيره .

الثاني : ألا يشرطه سواء شرطه عدمه أو سكت ، لكن صار بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلا ، أو لا يفي بمؤنته .

الثالث : ألا يشرطه أيضا ، ولكن فيه نفع في الجملة ، وبدله خير مه ريعا ونفعا .

وفيما يلي عرض لرأي فقهاء الأحناف في كل صورة من هذه الصور الثلاث :-

أن شرطه لنفسه ، أو لنفسه وغيره ، وذلك كقوله – مثلا : أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي استبدال غيرها بها ، أو على أن لي بيعها وجعل غيرها وقفا في موضعها ، فإن شرطه لنفسه جاز ، دون غيره إلا أن ينص على أن لغيره ذلك .

وفي صحة الوقف والشرط ثلاثة آراء وهي كما يلي :-

الرأي الأول : قال ابن الهمام في (الفتح) [فهو جائز عند أبي يوسف وهلال والخصاف وهو استحسان أي : صحة الوقف والشرط] .

الرأي الثاني : وقد نقله ابن الهمام أيضا : [وقال محمد : يضح الوقف ويبطل الشرط . وقال الرضي وهو قول أهل البصرة].

الرأي الثالث : لبعض الحنفية : أن الوقف والشرط باطلان [2] ، ولم ينسب هذا الرأي لقائله. وفي فتاوى قاضي خان (قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح ؛ لأن هذا شرط لا يبطل الوقف) [1].

---

(١) ينظر : حاشية ابن عابدين (٣/٥٣٥) وأنفع الرسائل ص ١٠٩.

(٢) الحاشية بتصرف (٣/٥٣٥).

ونقل ابن الهمام [٢] (عن الأنصاري : صحة الشرط ، لكن لا يبيعها إلا بإذن الحاكم) . والصحيح في جملة آرائهم هو القول بصحة الوقف والشرط معا ، لهلال وأبي يوسف والخصاف ، حتى إن بعض كتب الحنفية حكت الإجماع على ذلك [٣].

وعلى هذا فقد فرع الأحناف بعض المسائل ، منها : أنه ليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانيا؛ لانتهاء الشرط بفعله مرة إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما [٤].

ومنها لو شرط الاستبدال لآخر مع نفسه ، ملك الواقف الاستبدال وحده ، ولا يملكه الآخر وحده ؛ لأنه اشترط رأيه مع رأي غيره . أما صحة انفراد الواقف فلأنه هو الذي شرط لذلك الآخر . وما شرط لغيره فهو مشروط لنفسه[٥].

ومنها : لو شرط الاستبدال في الوقف فباعه ووهب الثمن – صحة الهبة [٦] ويضمن الثمن ؛ في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف لا تصح الهبة .

ومنها : لو شرط استبدالها بأرض ، فليس له استبدالها بدار ، لأنه لا يملك تغيير الشرط.

الصورة الثانية :

أن يسكت عن اشتراط الاستبدال ، وصار الوقف لا ينتفع به كلية حيث جوز جمهورهم الاستبدال بشرط هو : فهو – أيضا جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضي ورأى لمصلحة فيه[٧].

وقال قاضي خان[٨] (أما بدون الشرط فقد أشار في السير أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأي المصلحة في ذلك) .

---

(٣) ينظر : فتح القدير (٥/٥٨).
(٤) انظر: فتاي قاضي خان بهامش الفتاوي الهندية (٣/٣٠٦).
(٥) أنظر: الهندية (٣/٣٠٦) ، وابن عابدين (٣، ٥٣٥) والبحر ومنحة الخالق عليه (٥/٢٣٩).
(٤) ينظر فتح القدير (٥/٥٨).
(٥) انظر البحر (٥/٢٤٠).
(٦) أنفع الوسائل ص (١١٠)، فتاوي قاضي خان (٣/٣٠٧).
(٧) انظر فتح القدير(٥/٥٩).
(٨) ينظر: حاشيته (٣/٥٣٧).

ولكن من الحنفية من منع الاستبدال ما لم يشترط الواقف ؛ قال هلال[1] : (لو جاز بيع الوقف بغير شرط كان في أصله ، كان له أن يبيع ما استبدل بالوقف ، فيكون الوقف يباع في كل يوم ، وليس هكذا الوقف.

وفي الخلاصة وفي فتاوى النسفي (بيع عقار المسجد لمصلحة المسجد لا يجوز ، وإن كان بأمر القاضي ، وإن كان خرابا).

وقاضي خان يعود فيطلق المنع بعد أن أجازه للقاضي في حالة عدم الاشتراط.

ونقل ابن عابدين[2] اختلاف قاضي خان : (... وفي موضع منع منه ولو صارت الأرض بحال لا ينتفع بها . والمعتمد أنه بلا شرط يجوز للقاضي بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وألا يكون هناك ريع للوقف يعمر به وألا يكون البيع بغبن فاحش).

الصورة الثالثة :-

أن يسكت الواقف عن اشتراط الاستبدال ، والوقف عامر إلا أن بدله أفضل منه.

اختلفوا فيها ، قال ابن عابدين[3] : (وهذا لا يجوز استبداله ؛ على الأصح المختار) . واختاره ابن الهمام[4] . وعليه أغلب الحنفية . وخالف أبو يوسف فقال بصحته مستشهدا بما جاء في الذخيرة [5]. قال : (روي عن علي بن أبي طالب أنه : وقف على الحسن والحسين فلما خرج إلى صفين قال : إن نأت بهم الدار فبيعوها وأقسموا ثمنها بينهم) . ويلاحظ أن هذا الاستشهاد لا يستقيم دليلا في هذه المسألة وذلك لأن كلام الإمام علي يدل على جواز بيع الوقف ، واقتسام ثمنه إن لم يؤد إلى الغاية المطلوبة منه .

(١) انظر: وقف هلال (٩٤،٩٥)

(٢) ينظر : حاشيته (٣/٥٣٧).

(٣) انظر حاشيته (٣/٥٣٥) ، البحر الرائق (٥/٢٣٢).

(٤) انظر : فتح القدير (٥/٥٨، ٥٩).

(٥) انظر : أنفع الوسائل ص (١١٣).

والقضية التي الاستدلال عليها هي (بيع الموقوف لشراء عين أخرى تحل محله ، وهذه دون ما يؤدي إليه الدليل[1] . قال ابن عابدين نقلا عن الأشباه [2]– وذهب إليه كثير من الحنفية – (ولا يجوز استبدال العامر إلا في أربع) :-

الثانية : أن يجده الغصب ولا بنيه ، أي : وأراد دفع القيمة فللمتولي أخذها ليشتري بها أرضا بدلا.

الثالثة : إذا غصب غاصب ، وأجرى عليه الماء حتى صار بحرا : فيضمن القيمة ، ويشتري المتولي بها أرضا بدل .

الرابعة : أن يرغب إنسان فيه ببدل أكثر غلة وأحسن مكانا فيجوز على قول أبي يوسف وعليه الفتوى.

مخالفة اشتراط الواقف عدم الاستبدال

تكون الصور الثلاث السابقة في حالة اشتراط الاستبدال من الواقف أو سكوته عنه . أما إذا اشترط عدمه بأن ذكر في صك وقفيته شرطا ينفيه ، كأن قال : وقفت أرضي هذه على شرط ألا تباع ولا تستبدل . فللأحناف في هذه المسألة قولان :

القول الأول : أنه لا يجوز للقاضي ولا لغيره استبدال الوقف وهو رأي هلال[3] لأنه لا يجوز الاستبدال إلا إذا شرطه الواقف ، أما إذا لم يشترطه فلا يجوز ، فمن باب أولى لا يجوز ذلك عنده إذا نص على ألا ستبدال به .

القول الثاني : أنه يجوز للقاضي الاستبدال إذا كان فيه مصلحة وإن نص الواقف على عدمه ؛ وهو رأي أبي يوسف وغيره من الحنفية [4]، وهو – أيضا – رأي موافق لمقتضى قواعد الفقه الحنفي . وقد عدها ابن عابدين ضمن المسائل التي يصح فيها مخالفة شرط الواقف[5].

---

(١) انظر : أحكام الوقف . د/ الكبيس ص (٣٧٤).
(٢) أنظر الحاشية (٥٣٨/٣، ٥٣٩)(، البحر الرائق (٢٢٣/٥).
(٣) أنظر وقف هلال ص (٩٤، ٩٥).
(٤) أنظر : أنفع الوسائل ص (١١٦).
(٥) أنظر : حاشية ابن عابدين (٥٣٨/٣).

شروط الاستبدال : القائلون بجواز استبدال الوقف – كما هو واضح في الصورة الثالثة – من الحنفية قد وضعوا لذلك شروطا بتوفرها يجوز الاستبدال عندهم وبعدمها لا يجوز ، وهذه الشروط كما يلي :

الشرط الأول : ألا يكون البيع بغبن فاحش ، وهو الذي لا يدخل في تقوم المقومين ؛ وذلك لأن البيع بغبن فاحش تبرع بجزء من الوقف ، وهو مما لا يجوز لأحد سواء القاضي وغيره ، قال ابن الهمام[1] : ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع) .

الشرط الثاني : ألا يبيعه القيم لمن لا تقبل شهادته له وذلك لأنه مدعاة للاتهام ، ولا من له على القيم دين ؛ لأنه فيه احتمال ضياع مال البدل بعجز القيم عن السداد فيضيع الوقف . قال ابن عابدين[2] : (وأفاد في البحر زيادة شرط سادس وهو : ألا يبيعه ممن لا تقبل شهادته له لا ممن له عليه دين) .

الشرط الثالث : أن يكون البدل عقارا وليس دارهم أو دنانير .

قال ابن نجيم : (ويجب أن يزاد آخر في زماننا وهو : أن يستبدل بعقار لا بالدراهم والدنانير، فإننا قد شاهدنا النظار يأكلونها ، وقل أن يشترى بها بدل) [3].

الشرط الرابع : ونقل ابن نجيم عن (القنية) شرطا آخر وهو: أن مبادلة دار الوقف بدار أخرى إنما تجوز إذا كانتا في محلة واحدة، وأن تكون المحلة المملوكة خيرا من المحلة الموقوفة ، وعلى عكسه لا يجوز[4] .

الشرط الخامس : وقد أضيفت شروط مشددة أخرى إليها دعا إليها ما ظهر على مر العصور من عبث وفساد بعض الحكام[5]، حيث عمد بعضهم إلى شراء العين الموقوفة المثمرة بعد أن اصطنعوا شهود زور شهدوا بأن في الاستبدال مصلحة [1].

---

(١) انظر: فتح القدير (٥٩/٥).

(٢) حاشيته (٥٣٧/٣).

(٣) أنظر: البحر (٢٤١/٥).

(٤) المرجع السابق (٢٤١/٥).

(٥) الـــدرجة أن الطرطوس قال : الأولى للحاكم الحنفي سد هذا الباب – أي الاستبدال – بالجملة) ينظر : انفع الرسائل ص (١١٥،١١٦).

المطلب الثاني

(مذهب المالكية)

من الملاحظ أن المالكية على الرغم من تشددهم في منع الاستبدال في الوقف إلا أنهم يفرقـــون في ذلك بين الوقف المنقول والعقار . كما يتضح فيما يلي :

أولا : استبدال الوقف المنقول : حيث أجازوه إذا دعت إلى ذلك مصلحة ؛ وهو الرواية المشهورة عن الإمام مالك . يقول الخرش : (إن الموقوف إذا لم يكن عقارا ،إذا صار لا ينتفع في الوجه الـــذي وقف فيه كالثوب يخلق والفرس يمرض وما أشبه ذلك – فإنه يباع ويشترى بثمنه مثله مما ينتفع بـه)[٢]. ولكن روى سحنون عن غير ابن القاسم خلاف هذا الرأي ، حيث قال : (وقد روى غيره : أن مـــا جعل في السبيل من العبيد والثياب أنها لا تباع) [٣] . ومع ذلك فالرأي عند جمهورهم علـــى جـــواز الاستبدال في المنقول إذا خرب أو قصر عن الهدف المقصود منه ، بل ادعى ابن رشد الاتفـــاق علـــى ذلك[٤] .

شروط استبدال الموقوف المنقول عن المالكية

وقد اشترط المالكية : أن يتعذر الانتفاع به فيما حبس من أجله ، وإن أمكن الانتفـــاع بـــه في غيره، وإذا لم يصح بيعه ، فكتب العلم يجوز بيعها إذا بليت وتعذر الانتفاع بها لغرض التعلم فقـــط[٥] وقد تسامحوا في استبدال المنقول . قال الدردير[٦] : (منقوض الحبس من الأحجار والآجر والأخشـــاب لا يجوز بيعه ، فإذا لم يمكن عودها فيما حبست فيه : جاز نقلها في مثله) .

---

(١) أنظر: المرجع السابق. وجاء في الدر اه في سنة ٩٥١هـ : (ورد الأمر الشريف بمنع استبدال العامر الذي قل ريعه، و لم يخرج عن الانتفاع بالكلية وأن يصير بإذن السلطان تبع لترجيح صدر الشريعة. أنظر : محاضرات في الوقـــف ص (١٧٨) وما بعده.

(٢) أنظر: الخرشي (٩٤/٧)، المدونة الكبرى (٣٤٢/٤)، الشرح الكبير (٩٠/٤) ، رسالة الحطاب ص (١٠،٥).

(٣) ينظر : المدونة (٣٤٢/٤).

(٤) المدونة (٣٤٢/٤)، رسالة الحطاب ص (٤).

(٥) حشية الدسوقي (٩١/٤).

(٦) الشرح الكبير (٩١/٤)

ثانيا: استبدال العقار : حيث منع المالكية استبدال العقار الموقوف منعا باتا إلا في حالات تدعو لها الضرورة . وأجمعوا على عدم جواز بيع المساجد مطلقا[1]. وقد ورد في رسالة الحطاب : (أنه لا خلاف في المساجد أنها لاتباع) أما ما عدا المساجد من العقارات كالدور والحوانيت ، فلا يخلوا إما أن يكون قائم المنفعة أو منقطعها :

الأول – إذا كان العقار قائم المنفعة : حيث أن الإجماع قائم على جواز بيعه[2]، ثم استثنوا من ذلك حالات الضرورة ، كتوسيع مسجد أو مقبرة ، أو طريق عام ، فأجازوا بيعه ولو بالإكراه إذا اقتضى الأمر ولأن هذا من المصالح العامة بالأمة ، ففي نوازل سحنون : (لم يجز أصحابنا بيع الحبس بحال إلا دار جوار مسجد ليوسع بها ، ويشترون بثمنها دارا مثلها تكون حبسا ، فقد أدخل في مسجده – صلى الله عليه وسلم – دورا كانت محبسة) [3].

الثاني – إذا كان العقار منقطع المنفعة : حيث فرق فقهاء المالكية بين حالتين .

الحالة الأولى : أن يكون العقار منقطع المنفعة ، ولكن يرجى أن تعود منفعته ولا ضرر في بقائه ، فهم يرون : أنه يجوز بيعه باتفاق[4] .

الحالة الثانية : أن يكون العقار منقطع المنفعة ، ولا يرجى عود منفعته ، أو أن في بقائه ضررا على الوقف ، فلفقهاء المالكية في ذلك رأيان :-

الرأي الأول : عدم جواز البيع والاستبدال ، وهو قول الإمام مالك[5].

الرأي الثاني : إذا كان هذا العقار في المدينة : فإنهم لا يجيزون بيعه أو إبداله ، وعللوا ذلك بعدم اليأس من إصلاحه وهو في المدينة[6] . أما إذا كان العقار خارج المدينة (فابن القاسم) أجاز بيعه[7]، وقد روى أبو الفرج عن مالك قوله : (إن رأى الإمام بيع ذلك . جاز ويجعل في مثله . غير أن

(١) القوانين الفقهية (٣٧١).
(٢) أنظر : رسالة الحطاب (٢).
(٣) أنظر : رسالة الحطاب (٤،٥) شرح الخرشي (٧/٩٥).
(٤) رسالة الحطاب (٤).
(٥) شرح الخرشي (٧/٩٥).
(٦) رسالة الحطاب ص (٥).
(٧) السابقة.

جمهورهم على المنع[1] ، وقد نقل الحطاب عن اللخمي أنه لا يباع إن كان بالمدينة، إذ لا بـــأس مـــن صلاحه من محتسب أو بعض عقب ، وما بعد عن العمران ولم يرج صلاحه : جرى علـــى القولـــين ، والذي أخذ به المنع خوف كونه ذريعة لبيع الحبس[2].

وجاء في التاج والإكليل [3] : (يمنع بيع ما خرب من الحبس مطلقا) وهكذا يتضـــح لنـــا : أن فقهاء المالكية أجازوا الاستبدال في العقار عند الضرورة العامة ، غير أن ظاهر المنقول من كتبهم يفيـد : أن الوقف لا يدخل في المسجد أو الطريق إلا بثمن مطلقا .

قال الدسوقي : (ظاهرة أن الوقف – سواء كان على معين أو غير معين – لا يدخل في المسـجد إلا بثمن) وقال : (وذكر المسناوي من فتوى أبي سعيد بن لب ... وأما ما كان حبسا على غير معـين كالفقراء ، فلا يلزم تعويضه[4]).

(١) ينظر: رسالة الحطاب (٥)، حاشية الدسوقي (٤/٩١)، حاشي العدوي (٧/٩٥).

(٢) رسالة الحطاب (٦).

(٣) شرح الخرشي (٧/٩٥).

(٤) ينظر : حاشية الدسوقي (٤/٩٧).

المطلب الثالث

(مذهب الشافعية)

من الملاحظ أن الشافعية تشددوا أكثر من غيرهم في أمر استبدال العين الموقوفة حتى كادوا أن يمنعوه مطلقا ، وكأنهم رأوا : أن في الاستبدال سبيلا إلى ضياع الوقف أو التفريط فيه ، وإذا رجعنا إلى كتبهم ، وجدنا أن الصور التي يجري النقاش في مشروعية استبدالها ، أو عدم مشروعيته أنها لا تعدوا أن تكون : نخلة فجفت ، أو بهيمة قر منت ، أو جذوعا على مسجد فتكسرت . وهذه الصور التي انتفت المنفعة الأصلية منها ، هي التي دار الخلاف بين الشافعية حولها . ولهم فيها وجهان :

الوجه الأول : المنع من بيعها واستبدالها ، بل تبقى محبوسة على الانتفاع حتى لو أدلا الانتفاع بها إلى استهلاكها[1] .

الوجه الثاني : هو جواز البيع والانتفاع به كما شرطه الواقف . يقول الشيرازي: (فإن قلنا: تباع ، كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي توجد من متلف الوقف) . ثم إن أكثر الشافعية قد رجحوا الوجه الأول ، وما ذكر هو في الوقف المنقول وما في حكمه[2] .

أما العقار ، فإن كتبهم لم تتعرض له وكأنهم ذهبوا إلى أنه لا يمكن أن تسلب منفعته بحال ، فما دام الأمر كذلك ، فلا يصح بيعه واستبداله ، يقول الماوردي لا يباع موقوف وإن خرب) . واحتجوا بالحديث النبوي الشريف عن ابن عمر رضي الله عنهما ، أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخيبر ، فأتي النبي صلى الله عليه وسلم يستأ مره فيها ، فقال: يا رسول الله ، إني أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه ، فما تأمر به ؟ قال : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ، قال ، فتصدق بها عمر ، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث .... الحديث)[3] .

---

(١) انظر: المهذب (١/٤٤٥)، مسعف المحتاج (٢/٣٩١)، نهاية المحتاج (٤/٢٨٦).

(٢) ينظر المهذب (١/٤٤٥) مغني المحتاج (٢/٣٩١).

(٣) أخرجه البخاري (٥/٧٠٨) : كتاب الشروط : باب الشروط في الوقف، رقم (٢٧٣٧)، ومسلم (٣/١٢٥٥): كتاب الوصية: باب الوقف ، رقم (١٥/١٦٣٢).

المسجد إذا خربت المحلة ، ويصير المسجد ملكا للواقف . قال الماوردي : (.. وكلا المذهبين فاسد، لأن ما زال عنه الملك لله تعالى ، لم يجز أن يعود إلى المالك ؛ كالعتق ، ولأن ما خرب من البقاع قد لا يجوز أن تعود عمارته وما عمر منها فقد يجوز أن يصير خرابا .

وتشدد الشافعية في الاستبدال أشد من المالكية حيث إنهم على مسلكهم الفقهي من التحفظ والورع ، ولكن الإفراط في التشديد قد يجر إلى بقاء الكثير من دور الأوقاف خربة ، ولا ينتفع بها أحد، وإلى بقاء الأراضي ميتة لا تنبت زرعا ولا تمد أحدا بغذاء ، وفي هذا إضرار كبير ، وهو ما يتنافى مع مصلحة المستحقين في الارتزاق ، كما يتنافى مع مصلحة الأمة في العمارة والنماء .

المطلب الرابع

(مذهب الحنابلة)

لم يفرق الحنابلة بين عقار ومنقول في جواز الاستبدال وعدمه – كما فعل المالكية – بل نجد أنهم أخذوا حكم العقار من المنقول فقد جاء في مختصر الخرقي (وإذا خرب الوقف و لم يرد شيئا بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفا كالأول وكذلك الفرس الحبيس) . وهكذا يكون الحنابلة أوسع خطوة من المالكية والشافعية وإن لم يصلوا إلى توسع الحنفية في طريق الاستبدال .

ومن ناحية أخرى فإن للحنابلة في بيع المسجد روايتين :

الرواية الأولى : أجازوه فيها ، فإذا صار المسجد غير صالح للغاية المقصودة منه يباع ويصرف ثمنه في إنشاء مسجد آخر . قال الإمام أحمد – في رواية أبي داود – (إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة : جاز بيعها وصرف ثمنهما عليه) . وقال في رواية صالح : (يحول المسجد خوفا من اللصوص ، أو إذا كان موضعه قذرا)[1] .

والرواية الثانية : منعوا فيها بيع المسجد . قال أبو بكر (إن المساجد لا تباع وإما تنقل).

وقد رجح أبو بكر الرواية الأولى في صحة بيع المسجد في تلك الأحوال ، فقال بالقول الأول أقول ، لإجماعهم على جواز بيع الفرس إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر ، وبذلك يكون الحنابلة قد خالفوا مالكا والشافعي القائلين بعدم جواز شيء من ذلك[2].

واحتج الحنابلة على جواز بيع المسجد بالآتي : احتجوا بما روي أن عمر بن الخطاب كتب إلى سعد – لما بلغه أنه نقل بيت المال الذي بالكوفة – أن أنقل المسجد الذي بالتمادين ، وأجعل بيت المال في قبلة المسجد فإنه لن يزال وفي المسجد مصل . وكان هذا بمشهد من الصحابة و لم يظهر خلافه فكان إجماعا.

---

(١) ينظر المغني مع الشرح الكبير (٦/٢٤٢).

(٢) ينظر : المغني مع الشرح الكبير (٦/٢٤٢).

واستدلوا بالنظر فقالوا : إن في الاستبدال أو البيع استبقاء الوقف بمكانه عند تعذر إبقائه تصورتـــه فوجب ذلك ؛ كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها غيره . قال ابن عقيل : (وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان) [1] .

تقييد الاستبدال :

لقد قيد الحنابلة جواز البيع والاستبدال بالضرورة والمصلحة[2]. يقول ابن قدامة : (وإن لم تتعطـــل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر ردا على أهل الوقف لم يجز بيعـــه ؛ لأن الأصل تحريم البيع ، وإنما البيع للضرورة [3].

وقد أجاز الحنابلة بيع بعض الوقف لإصلاح باقية إذا تحققت المصلحة في ذلك[4]. ورد المـــاوردي هذا الرأي : (وقال الإمام أحمد بن حنبل : يجوز بيع بعضه لعمارة باقية كالدابة إذا أعطيت وهذا خطـأ لقوله صلى الله عليه وسلم :. حبس الأصل وسبل الثمرة)[5] . فلم يجز أني يزال عن الحبس ، ومـــا أن بيع جميعه لا يجوز لثبوت وقفه ، كذلك بيع بعضه.

الجهة المختصة بالبيع والاستبدال:

يقول ابن النجار : (ويبيعه الحاكم إن كان على سبيل الخيرات _ أو مصلحة عامة إلا فنـــــاظره الخاص عن كان على معين ، والأحوط : إذن الحاكم له[6] .

وهو مذهب قريب في الشدة والتحفظ من مذهب الشافعية ، وذلك أن الأصل عنهم، عدم جـــواز الاستبدال إجمالا[7] . أما تفصيلا فهم يقسمون الوقف بهذا الصدد إلى قسمين.

(١) انظر: الشرح الكبير (٦/٢٤٢).
(٢) انظر: الاختبارات العلمية ص (١٤٧).
(٣) انظر المغني (٦/٢٢٧).
(٤) انظر: منتهى الارادات (٢/٢٠).
(٥) يقدم تخريجه، من حديث عمر بن الخطاب في الوجه الثاني من مذهب الشافعية.
(٦) منتهى الإرادات (٢/٧٠)، الفواكه العديدة (٤٩٥).
(٧) شرائع الإسلام (١/٢٥٠).

القسم الأول : الأوقاف على الجهات العامة التي لا يملكها أحد المساجد والمدارس ونحوها فهذا النوع عندهم لا يجوز بيعه أو استبداله مطلقا[1] .

القسم الثاني : الوقف على الجهات الخاصة : قال المحقق الحلى[2] ولو انقلعت نخلة من الوقف قيل يجوز بيعها لتعذر الانتفاع إلا بالبيع ، وقيل لا يجوز لإمكان الانتفاع بالإجارة للتسقيف وشبهه وهو أشبه) . وذكرت بعض الكتب بعض الحالات التي يجوز فيها بيع واستبدال الأوقاف الخاصة . منها حالة : فيما إذا وقع بيت أرباب الوقف اختلاف شديد لا يؤمن معه من تلف تلك الأموال والنفوس ، ولا ينحسم ذلك إلا ببيعه ، فيجوز حينئذ بيعه ويقسم ثمنه بينهم . وفي هذا باب ينفذ منه على الموقوف عليهم – باختلافهم وتنازعهم فيما بينهم[3] – إلى بيع الوقف وتصفيته والتصرف فيه ، فهذا القول يخالف مسلك المتشدد في منع البيع والاستبدال

الترجيح بين الآراء السابقة

من الملاحظ أن الشافعية والمالكية قد تشددوا في بيع الموقوف واستبداله ومنعه إلا في حالات تدور في الأغلب على الضرورة .

---

(١) هداية الأنام (٢٤٤/٢).
(٢) شرائع الإسلام (٢٥٠/١).
(٣) هداية الأنام (٢٤٥/٢).

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده أما بعد:

فهذه ورقة عمل مقدمة تحت عنوان:

(أحكام الأوقاف التي جرى تحكيرها)

وتشمل عدة مطالب كما يلي:-

المطلب الأول: تعريف الحكر.

المطلب الثاني: حكم التحكير في الوقف وشروط جوازه.

المطلب الثالث: مقدار الأجرة في الحكر والتأجير.

المطلب الرابع: مدة التحكير.

المطلب الخامس: فسخ الحكر وقسمة المال بين المحكر والمستحكر.

والله أسأل أن ينفع بها إنه ولي ذلك والقادر عليه.

الباحث

د/ ناصر بن إبراهيم المحيميد.

المطلب الأول

(تعريف الحكر)

تعريف الحكر لغة:

أصل الحكر: هو المنع، ويطلق على العقار المحبوس، والجمع أحكار، والحكر بالكسر ما يجعل على العقارات ويحبس، مولده[1].

تعريف الحكر اصطلاحا:

(الحكر هو عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض المقررة للبناء والغرس، أو لأحدهما) [2]

(وحق الحكر هو حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة تعقد بإذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغا يقارب قيمة الأرض، ويرتب مبلغ آخر ضئيل، يستوفي سنويا لجهة الوقف من المستحكر، أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء، وسائر وجه الانتفاع) [3].

والأرض المحتكرة هي التي وقف بناؤها، ولم توقف هي، كأن استأجر أرضا للبناء عليها، وبنى فيها، ثم وقف البناء.

والأرض المقررة للاحتكار أعم من أن تكون وقفا أو ملكا.

والاحتكار في العرف إجارة يقصد بها منع الغير من بيعها، واستبقاء الانتفاع بالأرض[4].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ٥٩٢/٦، والمعجم الوسيط حكر ١٨٨/٢.

(٢) رد المحتار على الدر المختار ٥٩٢/٦، وأنظر معجم الفقهاء ص ٨٤.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته ٢٢٨/٨.

(٤) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٢٢٠/٥.

المطلب الثاني

(حكم التحكير في الوقف وشروط جوازه)

الحكر يكون في الأوقاف، وهو الأغلب، وفي غيرها، وهي الأملاك الخاصة. فالأرض المحتكرة أعم من أن تكون وقفا أو ملكا، والإستحكار في العرف إجارة يقصد بها منع الغير، واستبقاء الانتفاع بالأرض [1]، إلا أن أكثر كلام الفقهاء في شأن الحكر ينصب على الحكر في الأوقاف، ولا يعترضون للحكر في الأملاك إلا نادرا [2].

والتحكير إجارة لأرض الوقف مدة معلومة تطول أو تقصر، وقد يقترن بهذه الإجارة خلو يدفعه المستأجر للناظر على الوقف الخرب، الذي لم يجد الناظر أول المستحق ما يعمره به من ريع الوقف، ولا أمكنه إجارته بما يعمره به، فيأذن لمن يعمره ببناء أو غرس على أن ما عمره به يكون ملكا للمعمر، وتفرض الغلة بالنظر عليه، وعلى الوقف، فما ناب الوقف للمستحق، وما ناب العمارة يكون لربها [3].

وأما ما يقع من أن المستحق لوقف أو الناظر على مسجد ونحوه، يبيع الوقف بدراهم كثيرة، ويجعل المشترى على نفسه لجهة المستحقين، أو المسجد حكرا، ثم يوقف ذلك الوقف على زوجته وعتقائه، وإذا لم يوقف باعه وورث عنه، ويسمونه خلوا، فهذا باطل بإجماع المسلمين.

" فنجد الناظر على القف يبيع الوقف بثمن كثير، فيبيع الحانوت الواحد بنحو خمسمائة دينار، لا لغرض سوى حب الدنيا والإعراض عن حب الآخرة، ثم إن المشتري منه يجعل على نفسه حكرا على شهر نصفين فضة[4] من الدراهم العديدة، ويسكنه أو يكتريه كل يوم بعشرة أنصاف، وقد يوقفه على نفسه وزوجته وذريته من بعده، وقد يبيعه وقد يوفي به دينا عليه وغير ذلك، فهذا خبط خارج عن قوانين الشريعة " [5].

---

(١) تقدم معنا تعريف الحكر في المطلب الأول.

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ٥/٢٢٠، والموسوعة الفقهية ١٨/٥٤ مادة حكر.

(٣) الشرح الصغير من حاشيته بلغة السالك لأقرب المسالك ٤/١١-١٢.

(٤) كناية عن الشيء القليل: بلغة السالك لأقرب المسالك ٤/١٠-١١.

(٥) الشرح الصغير مع حاشيته بلغة السالك ٤/١٠/١١.

ولقد اختلف الفقهاء في حكم تحكير وإجارة الوقف على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أنه جائز سواء اشترط الواقف منعه أو لم يشترط، ولكن لما كان فيه ضرر على أرض الوقف لأنه يغل يد الواقف أو الناظر في التصرف في الأرض واستغلالها لم يجيزوه إلا بشروط:

أولا: أن يكون الوقف قد تخرب وتعطل انتفاع الموقوف عليهم به بالكلية.

ثانيا: أن لا يكون للوقف حاصل يعمر به.

ثالثا: أن لا يوجد من يقرض الوقف القدر المحتاج إليه بأقل من أجر تلك المدة.

رابعا: أن لا يمكن استبدال الوقف بعقار ذي ريع.

القول الثاني:

أنه جائز، إلا إذا منع الواقف إجارة الوقف الإجارة الطويلة، فإنه يمتنع، إلا إذا حصلت الشروط المذكورة في القول الأول.

القول الثالث:

أنه ممنوع مطلقا [1].

وهذه المسألة قائمة على الخلاف في جواز تأجير الوقف إجارة طويلة، وفي تقدير المدة التي يجوز عقد الإيجار عليها ثلاثة أقوال هي:

القول الأول:- أنه يجوز سنين كثيرة بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالبا، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة، والدابة تؤجر عشر سنين، والثوب سنتين أو سنة على ما يليق به، والأرض مائة سنة وأكثر.

والقول الثاني: لا يجوز أكثر سنة مطلقا.

والقول الثالث: لا يجوز أكثر من ثلاث سنين [2].

---

(١) الموسوعة الفقهية – الكويتية – ١٨/٥٨-٥٩.

(٢) روضة الطالبين ٥/١٩٦، وأنظر كشاف القناع ٤/٢٥٩-٢٦٠، والشرح الصغير ٤/٣٤-٣٥

المطلب الثالث

(مقدار الأجرة في الحكر والتأجير)

يلزم أن تكون الأجرة في الحكر والتأجير هي أجرة المثل، ولا تصح الأجرة بأقل من ذلك في الأوقاف اتفاقا بين الفقهاء على ذلك، فإن أجر القائم على الوقف بأقل من أجر المثل، فإن كان الوقف عليه وحده جاز تأجيره، وإن كان على غيره فإنه لا يجوز له أن يؤجره بأقل من أجرة المثل، فعلى الناظر ضمان النقص في الأجرة [1].

وإذا أجرى الناظر العين الموقوفة على غيره مدة بأجرة مثله، فزادت الأجرة في المدة أو ظهر مطالب بالزيادة عليها لم ينفسخ العقد، لأن العقد قد جرى بالغبطة في وقته فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل، ثم ارتفعت القيم بالأسواق، أو ظهر طالب بالزيادة، وهذا هو القول الأول.

والقول الثاني: أن العقد ينفسخ إذا كان للزيادة وقع، والطالب ثقة، لتبين وقوع التأجير على خلاف الغبطة.

والقول الثالث: إن كانت الإجارة سنة فما دونها، فإن العقد لا يفسخ، وإن كانت أكثر فالزيادة مردودة[2].

ولا بد أن يراعي سبب الزيادة في الأجرة، فإن كان مستأجر أرض الوقف قد بنى فيها، ثم زادت الأجرة زيادة فاحشة بسبب العمارة والبناء فإنه لا تلزمه الزيادة، لأنها أجرة عمارته وبنائه، وأما لو كانت الزيادة في الأجرة بسبب زيادة الأرض في نفسها، فإنه يلزم المستأجر زيادة الأجرة إلى المثل، لأن النقصان عن أجرة المثل لا يجوز من غير ضرورة [3].

(١) الشرح الصغير ١٩٦/٥، وأنظر كشاف القناع ٢٥٩/٤-٢٦٠، والشرح الصغير ٣٤/٤-٣٥.
(٢) الشرح الصغير ٣٤/٤-٣٥، ومطالب أولي النهى ٣٤٠/٤، ورد المحتار على الدر المختار٦١٣/٦.
(٣) رد المحتار على الدر المختار ٥٩٣/٦.

المطلب الرابع

(مـــدة التحكير)

التحكير نوع من الإجارة، والشرط في الإجارة من حيث الأصل: العلم بالمدة ابتداء وانتهاء أما في التحكير: فإن من احتكر أرضا مدة، ومضت، فله أن يبقى وليس للمتولي أمر الوقف إخراجه، نعـــم إن حصل ما يدل على قصد الإخراج بعدة المدة وأنها ليست على الأبد، فإنـــه يعمـــل بذلـــك، ويثبـــت للمحتكر حق القرار إذا وضع بناءه في الأرض، ويستمر ما دام أساس بنائه قائما فيه، فلا يكلف برفـــع بنائه، ولا يقلع غراسه ما دام يدفع أجرة المثل المقررة على ساحة الأرض المحتكرة.

ويشترط لبقاء المحتكر بأجرة المثل أن لا يكون فيه ضرر على الوقف، فإن كان فيه ضرر بأن يخاف منه في رقبة الأرض، فيفسخ القاضي الإجارة، ويخرجه من يده، وكذا إن كان هو أو وارثه مفلســـا، أو سيئ المعاملة، أو متغلبا يخشى على الوقف منه، أو غير ذلك من أنواع الضرر، وليـــس لأهـــل الأرض الموقوفة قلع غراس المستأجر، بل لهم المطالبة بأجرة المثل، أو تلك الغراس بقيمته، أو ضمان نقصـــه إذا قلع، وما دام باقيا فعلى صاحبه أجرة مثله، وإذا لم يستجب المستأجر لرفع الأجرة لتماثل أجرة المثـــل، فإنه يؤمر برفع بنائه إذا لم يضر رفعه بالأرض، وعلى ولي الأمر منع الظالم من ظلمه [1] فـــإذا بيعـــت الأرض المحتكرة أو ورثت فالحكر على من انتقلت إليه، وإذا استأجر للبناء أو الغـــراس ونحـــوه، فـــإن المستأجر يملك ما أحدثه في الأرض المستأجرة، ويجوز لمستأجر العين أن يستوفي نفعها بنفسه، ولـــه أن يؤجرها، أو يعيرها لمن يقوم مقامه في الانتفاع أو دونه؛ لأن المنفعة لما كانت مملوكـــة لـــه جـــاز أن يستوفيها بنفسه أو نائبه[2].

---

(١) الموسوعة الفقهية – الكويتية –١٨/٥٩-٦٠، وأنظر رد المحتار علـــى الـــدر المختـــار ٦/٥٩٣-٥٩٤، ٩/٤٢، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيميه ٣١/٨٨.

(٢) هداية الراغب شرح عمد المطالب ص ٣٧٨-٣٧٩.

المطلب الخامس

(فسخ الحكر وقسمة المال بين المحكر والمستحكر)

إن عقد التحكير قد يطرأ عليه الفسخ الاختياري بين الطرفين، أو الإجباري بسبب أمر خارج عنهما وعند إنفساخ هذا فإنه لا بد من تقرير ما يخص المستحكر والمحكر وبيان استحقاق كل واحد منهما ومن ثم السعي لتسليم كل ما يخصه.

وإذا تحصل مال يخص عقارا مملوكا لجهة معينة، وهذه الجهة قد قامت بتحكيره على طرف آخر، فتعلق بهذا العقار حقان؛ حق لمالك العين، وحق للمستحكر لهذه العين — وهو من أستحكر هذه العين لمدة طويلة، وأنشأ عليها أعيانا يملكها ويستثمرها، ويدفع لصاحب العين مقابل هذا الحكر أجرة سنوية — وهو حق الانتفاع بها، فإن صاحب العين له حق هذا المال وصاحب الحكر له حق فيه، فإن اتفقوا على أن يشترى بهذا المال كاملا عقار آخر، ويكون أنقاضه للمستحكر، ورقبته للمحكر، ويستمر المستحكر في استغلال عينه، وبذل الحكر لصاحبه، فإنهم يمكنون من ذلك، ويشترى بثمن الدور المهدومة دور أخرى، ويشترط فيها ما شرط في أصلها، وتبقى الحال على ما كانت عليه، أهل الدور، في أيديهم الدور وأهل رقبة الأرض لهمم المطالبة فيما سمي لهم من الحكر[١].

أما لو رغب أصحاب البناء الحصول على قيمة البناء، و لم يرغبوا في شراء البدل [٢]، فإنه يعمد إلى المهيأة، وتقدير ما يستحقه أهل البناء، وما يستحقه أهل الأرض المحكرة، ويتم قسمة المال بينهم على مثل قيمة أجر الأرض، ومثل أجر البناء [٣].

---

(١) مجموع فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ — رحمه الله — ١٢٢/٩

(٢) إن إجراء القسمة، وتحصيل حصة المحكر، وجعله في عقار مستقل أنفع، لأن المحكر يستقل بما يخصه من هذا العقار بعين أخرى يكون لها من الغلة ما يفوق الحكر المبذول من المستحكر في الغالب.

(٣) أنظر: الهامش في كتاب رد المحتار على الدر المختار ٥٩٥/٦، وأنظر: مجموع فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ — رحمه الله — ١٧٣/٩.